

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN SOBREVENIDA EN EL RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN

(Análisis de la resolución 62/2019 del TACP de Madrid)

Andrés Jiménez Díaz

Socio del Departamento de Derecho Público
Eversheds Sutherland
Nicea

Colaborador del Proyecto CSP

Prácticamente desde el inicio de su andadura, los Tribunales de recursos contractuales han optado por imponer un criterio restrictivo en lo que se refiere a la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación. Ese criterio restrictivo ha operado en varias direcciones, pero sobre todo se ha utilizado cuando se trataba de impugnar los pliegos por los que se rige la licitación y la adjudicación del contrato.

Aquí nos interesa especialmente este segundo aspecto, es decir, la impugnación del acuerdo de adjudicación del contrato. Como es sabido, los mencionados Tribunales utilizan un criterio funcional para comprobar si concurre un interés legítimo en la persona o entidad que recurre. Dicho criterio toma en cuenta la posición que el recurrente ocupa en la resolución por la que se asigna la puntuación final a cada uno de los candidatos participantes en la licitación. Así, en el caso de que la licitación tuviera por objeto adjudicar un único contrato, sólo se hallaría legitimado para recurrir aquel candidato que pudiera resultar adjudicatario como consecuencia de una resolución del Tribunal que anulase el acuerdo de adjudicación y permitiese una nueva adjudicación en favor del candidato recurrente. El mismo criterio se aplica, salvando las diferencias, en el caso de que se adjudiquen dos o más lotes a otros tantos candidatos.

1. Contenido de la resolución 447/2018 del TACP de Madrid

En esa línea, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACP) ha dictado una reciente resolución (identificada con el nº de recurso 447/2018 y nº de resolución 62/2019, de 13 de febrero de 2019) que lleva la solución funcionalista dada al problema de la legitimación del recurrente más lejos de lo que, posiblemente, sería razonable. En el caso de que se trata, la licitación incluía tres lotes iguales, de modo que había en juego tres contratos a adjudicar. El recurrente en el recurso 447/2018 había quedado situado en quinto lugar en la ordenación de candidatos, de modo que, con arreglo a los criterios ya expresados, para que el mismo tuviera una oportunidad real de resultar adjudicatario y le fuese reconocida la legitimación para recurrir, el TACP debía declarar la nulidad de la

adjudicación, al menos, en relación con dos lotes. Por lo mismo, el recurrente debía impugnar la adjudicación de dos de los tres lotes, como efectivamente hizo.

El recurrente impugnó el acuerdo de adjudicación alegando que en dos casos (los del primer y segundo adjudicatario), se habían producido irregularidades que hacían anulable el citado acuerdo de adjudicación, toda vez que los dos primeros adjudicatarios carecían de los requisitos de solvencia exigidos en los pliegos. En consecuencia, el recurrente solicitaba que se declarase la nulidad del acuerdo de adjudicación, pidiendo la reposición de actuaciones a fin de que el órgano de contratación dictase una nueva resolución con la inadmisión de los dos candidatos que habían resultado adjudicatarios en primer y segundo lugar por las razones expresadas.

Sin considerar que el recurrente no había solicitado en ningún caso la declaración de ser él mismo adjudicatario del contrato, sino la nulidad de actuaciones, el TACP no ha reconocido la completa legitimación de aquél, sino que la ha ido apreciando por grados: en primer lugar ha examinado las alegaciones formuladas contra uno de los adjudicatarios, de suerte que no habiendo prosperado éstas, el Tribunal ha declarado la falta de legitimación del recurrente, puesto que en tal caso, siendo el quinto clasificado en una licitación que comprendía tres contratos, no tendría opciones reales para resultar adjudicatario de uno de esos tres contratos.

El Tribunal ha condicionado la plena legitimación del recurrente, al hecho de que fuesen estimadas las alegaciones formuladas en relación con uno de los dos adjudicatarios, para pasar a conocer de las formuladas en relación con el segundo, ya que de otro modo considera que el recurrente carecería de legitimación, en una suerte de falta de legitimación sobrevinida. Por lo mismo, una vez que el Tribunal desestimó las pretensiones del recurrente en relación con uno de los adjudicatarios, entendió que no era preciso pronunciarse sobre las formuladas a propósito del segundo, por cuanto que el recurrente, al decir del TACP, “carece en este momento de legitimación”, toda vez que carecía de la oportunidad de resultar adjudicatario, según el criterio del Tribunal.

Así, el TACP ha declarado que procedía desestimar el recurso en relación con las alegaciones formuladas contra el primer adjudicatario, esto es, las que el Tribunal había llegado a examinar y había rechazado; en tanto que procedía inadmitir el recurso en lo que se refiere a las alegaciones que afectaban al segundo adjudicatario y que el Tribunal no llegó a analizar por entender que el recurrente había perdido su legitimación.

2. La crítica de la resolución

2.1 Argumentos jurisprudenciales

La citada resolución es criticable por varios motivos. El primero de ellos viene dado por el hecho de que el concepto de legitimación del que parte el TACP es demasiado estrecho y se aparta del criterio más amplio y flexible que mantiene la jurisprudencia al respecto. Los órganos judiciales españoles, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han optado por mantener un criterio amplio y favorable al principio *pro actione* cuando se trata de determinar si concurre o no legitimación en el recurrente o demandante. En su Sentencia 220/2001, de 31 de octubre, el Tribunal Constitucional ha señalado que las normas procesales (y las normas de la LCSP reguladoras del recurso especial

tienen materialmente esa naturaleza) deben interpretarse “no sólo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican.”

Por su parte, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tomado en cuenta también ese criterio favorable al reconocimiento de la legitimación del recurrente, entre otras, en la Sentencia 1257/2012, de 29 de febrero de 2012. Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado igualmente en el sentido de considerar no ajustadas a la Directiva 89/665/CEE las decisiones de declarar la falta de legitimación en ciertos casos sin pronunciarse sobre el fondo del asunto (Sentencias del TJUE de 5 de abril de 2016, asunto C-689/13 y de 21 de diciembre de 2016, asunto C-355/15)

2.2 Argumentos procesales

Aparte de eso, en el caso que se ha descrito, el TACP ha olvidado que su papel no es el de asignar a unos u otros la adjudicación del contrato. Como es bien sabido, el procedimiento contencioso-administrativo y por extensión los recursos administrativos, se configuran como un proceso al acto en el que frecuentemente se decide en abstracto sobre la conformidad o no de dicho acto con la legalidad, sin pronunciamiento expreso sobre los derechos de las partes presentes en el procedimiento. En este sentido conviene recordar que el artículo 57.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) describe el contenido posible de las resoluciones de los Tribunales de recursos contractuales y destaca como contenido principal de esas resoluciones la anulación, cuando proceda, de los acuerdos de los órganos de contratación no conformes a derecho. Así pues, los Tribunales están eximidos de decidir sobre la adjudicación del contrato o la ordenación de los candidatos. El contenido ordinario de sus resoluciones, según se deduce del artículo 57.2 LCSP ya mencionado, consiste en un pronunciamiento sobre el acto impugnado, anulándolo o confirmándolo, y remitiendo al órgano de contratación la ejecución de dichas resoluciones.

Sin embargo, lo que subyace en el rígido criterio funcional que niega legitimación a todo aquel que no haya de resultar adjudicatario del contrato, es la idea de que las resoluciones de los Tribunales de recursos en materia de contratación suponen decidir la adjudicación del contrato, lo que no es cierto, ni evidente, en todos los casos en que el objeto del recurso viene dado por el acuerdo de adjudicación del contrato.

En el supuesto que nos ocupa, la decisión que se solicitaba del TACP era conforme con lo dispuesto en el artículo 57.2 LCSP, puesto que en el recurso no se demandaba el reconocimiento del derecho del recurrente a resultar adjudicatario, ni menos aún una declaración que le invistiera como tal; lo que el recurrente solicitaba era la nulidad del acuerdo de adjudicación y la retroacción de actuaciones. Siendo así que en ejecución de una resolución como la que el recurrente solicitaba, el órgano de contratación habría de reconsiderar de nuevo las ofertas presentadas (con exclusión, en su caso, de las correspondientes a los candidatos adjudicatarios en primer y segundo lugar) de lo que había de resultar un nuevo acuerdo de adjudicación. Ciertamente es que normalmente ese acuerdo no alteraría sustancialmente la ordenación de los candidatos que permanecieran en

la licitación, pero tampoco puede darse por sentado que ello sea así de un modo absoluto, como ha sostenido el TJUE en la Sentencia de 5 de abril de 2016, ya citada.

Por lo demás, el modo de actuar del TACP en el asunto que nos ocupa se aparta de una forma clara de los cánones procesales definidos en la norma matriz del derecho procesal: la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Sin desconocer que ésta no es una norma de directa aplicación al caso, tampoco puede olvidarse que en la misma se contienen reglas y soluciones que no figuran en ninguna otra norma, lo que justifica que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la declare supletoriamente aplicable en su disposición final primera.

Pues bien, la pérdida sobrevenida de interés legítimo y por extensión de legitimación está contemplada en los artículos 22 y 413 LEC en unos términos bien distintos de lo que ha sido el proceder del TACP. El artículo 413 nos recuerda que los elementos objetivos y subjetivos del proceso se definen al inicio de este y desde entonces son inmodificables, salvo pérdida de interés legítimo de la pretensión por satisfacción extraprocesal u otras causas. En ese supuesto, el artículo 413 remite al artículo 22 de la propia Ley. Este último obliga a abrir un incidente contradictorio en caso de que el juez apreciase que puede haber desaparecido el interés legítimo de la pretensión, al término del cual decidirá el propio juez lo que proceda.

Como puede apreciarse, esa solución procesal se halla lejísimos del proceder del TACP en la resolución que analizamos. Contrariamente a lo que obliga la LEC, el Tribunal ha resuelto expeditivamente que, tras desestimar las alegaciones contra uno de los adjudicatarios, ya no existía el interés legítimo que motivaba el recurso y, en consecuencia, no era preciso resolver sobre las alegaciones formuladas contra el otro adjudicatario. Y ello no era consecuencia de satisfacción extraprocesal, ni de ninguna otra causa ajena al procedimiento, sino que era el efecto derivado de un pronunciamiento previo del propio TACP. El modo de proceder del mencionado Tribunal ha llevado hasta el extremo el discutible argumento funcional que los Tribunales de recursos en materia de contratación vienen empleando, pero en este caso contraviniendo las reglas procesales más elementales contenidas en la LEC.

Adicionalmente, la resolución ignora la obligación que pesa sobre los mencionados Tribunales de resolver cuantas cuestiones plantee el recurso (artículo 57.2 LCSP). Esta obligación es consecuencia del principio de congruencia que se contiene el artículo 218.1 LEC, con arreglo al cual las sentencias deben ser congruentes con las demandas y deberán hacer las declaraciones que aquéllas exijan, decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

La obligación de congruencia no sólo la impone la LEC, sino que se recoge también en el artículo 57.2 LCSP, lo que indica que las garantías procesales contenidas en la primera de dichas Leyes no son completamente ajenas al procedimiento a seguir en la resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Ello permite sostener también la aplicación de los artículos de la LEC sobre falta de legitimación sobrevenida. En todo caso, ciñéndonos ahora al principio de congruencia, en cuanto que la resolución del TACP no ha resuelto todas las cuestiones planteadas, incurre en un vicio de incongruencia omisiva que añade un nuevo motivo para su crítica.

3. Conclusiones

Es hasta cierto punto comprensible que los Tribunales de recursos contractuales hayan optado por establecer criterios rigurosos en cuanto afecta al acceso a los mismos, imponiendo unos requisitos de legitimación tan estrictos como los que se exigen. Sin embargo, como ha dicho el Tribunal Constitucional, ello no puede hacerse de manera desproporcionada ni de modo que se sacrifiquen injustificadamente los derechos e intereses de los potenciales recurrentes, de suerte que no estaría demás una revisión de dichos criterios en las claves que ofrece la jurisprudencia constitucional.

Lo que no resulta procedente es la ampliación de esos criterios hasta el punto de desconocer las reglas procesales más básicas, como es la que señala que los elementos objetivos y subjetivos del proceso se fijan al inicio de éste y son inamovibles, salvo en los casos que marcan las Leyes y con los requisitos y garantías previstas en las mismas. Así como la regla que impone el principio de congruencia y obliga a los Tribunales (también a los de recursos contractuales) a pronunciarse sobre todas las cuestiones que ofrezca el recurso.